

Номер провадження: 33/813/1935/23
Номер справи місцевого суду: 498/1011/23
Головуючий у першій інстанції Чернецька Н.С.
Доповідач Громік Р. Д.



ОДЕСЬКИЙ АПЕЛЯЦІЙНИЙ СУД

**ПОСТАНОВА
ІМЕНЕМ УКРАЇНИ**

07.11.2023 року
Суддя Одеського апеляційного суду:
за участю секретаря:
за участі:

м. Одеса
Громік Р.Д.
Триколіч І.Б.,
Голосова Ю.В.,

захисника

розглянувши матеріали справи про адміністративне правопорушення за апеляційною скаргою на постанову судді Великомихайлівського районного суду Одеської області від 19 вересня 2023 року, якою визнано винною в скоєні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП та притягнуто до адміністративної відповідальності у виді штрафу в розмірі двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян що становить 34 000,00 грн. з конфіскацією вилученої продукції; стягнуто з , судовий збір у розмірі 536,80 грн. до спеціального фонду Державного бюджету України,

ВСТАНОВИВ:

Протоколом про адміністративне правопорушення від 03.07.2023 року ВАР №880535 встановлено, що 03 липня 2023 року о 13 год. 00 хв. в смт. Цебрикове Роздільнянського району Одеської області в магазині , що знаходиться по вул. Миру на базарі здійснювала реалізацію алкогольних напоїв без наявної ліцензії на роздрібну торгівлю алкогольними напоями, тобто порушила порядок провадження господарської діяльності, без отримання ліцензії на провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону..

Постановою судді Великомихайлівського районного суду Одеської області від 19 вересня 2023 року визнано винною в скоєні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП та притягнуто до адміністративної відповідальності у виді штрафу в розмірі двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян що становить 34 000,00 грн. з конфіскацією вилученої продукції. Стягнуто з судовий збір у розмірі 536,80 грн. до спеціального фонду Державного бюджету України

Не погодившись із вищевказаною постановою суду, подала до суду апеляційну скаргу, в якій просить скасувати оскаржувану постанову та прийняти нову постанову, якою закрити провадження по справі за відсутності в її діях події та складу адміністративного правопорушення передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП., посилаючись на порушення норми матеріального та процесуального права.

В доводах апеляційної скарги зазначено, що:

1) протокол про адміністративне правопорушення складений неуповноваженим суб'єктом;

2) матеріали справи не містять всіх доказів, що підтверджують вину

Дослідивши матеріали справи, суд дійшов висновку про те, що апеляційна скарга підлягає частковому задоволенню, виходячи з наступних підстав.

Відповідно до положень ст. 1 КУпАП завданням Кодексу України про адміністративні правопорушення є охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції, законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством.

Відповідно до вимог ст. 245 КУпАП завданням провадження в справах про адміністративні правопорушення є: своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності з законом.

Згідно із п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП провадження в справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю за відсутності події і складу адміністративного правопорушення.

Статтею 280 КУпАП встановлено, що орган (посадова особа) при розгляді справи про адміністративне правопорушення зобов'язаний з'ясувати: чи було вчинено адміністративне правопорушення, чи винна дана особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, чи є обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, чи заподіяно майнову шкоду, чи є підстави для передачі матеріалів про адміністративне правопорушення на розгляд громадської організації, трудового колективу, а також з'ясувати інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Однак, визнаючи винною у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП та накладаючи на нього відповідне стягнення суд першої інстанції, всупереч вимогам ст. ст. 245, 247, 251, 252, 280 КУпАП належним чином не встановив чи було вчинено адміністративне правопорушення, чи винна дана особа в його вчиненні, чи підлягає вона адміністративній відповідальності, тобто однобічно розглянув справу, без з'ясування фактичних обставин, що мають істотне значення для її розгляду, та не звернувши уваги на те, що ніхто не може бути підданий заходу впливу в зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом, що призвело до ухвалення незаконного та необґрунтованого рішення.

Приймаючи судові рішення по справі суд першої інстанції виходив з того, що вина у вчиненні адміністративного правопорушення підтверджена:

- 1) протоколом про адміністративне правопорушення серії ВАВ №880535 від 03.07.2023;
- 2) рапортом помічника чергового відділення поліції № 1 (сmt. Велика Михайлівка) Роздільнянського районного відділу поліції ГУНП в Одеській області – Горбанич В.Ю. від 03.07.2023;
- 3) копією виписки з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, з якої вбачається, що є фізичною особою-підприємцем;
- 4) письмовими поясненнями ;
- 5) актом передачі речових доказів від 03.07.2023;
- 6) квитанцією про отримання на зберігання речових доказів № 52 від 04.07.2023;
- 7) диском з відеозаписом з нагрудної бодікамери.

Своїми діями скоїла правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення, а саме: провадження господарської діяльності

без державної реєстрації як суб'єкта господарювання.

Однак апеляційний суд не може погодитись з таким висновком суду першої інстанції та з тим що вищезазначені докази доводять вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП, виходячи з такого.

Судовий розгляд справ повинен відповідати загальним принципам, а саме: верховенству права, законності, рівності перед законом і судом, поваги до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканість, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і у доведеності перед судом їх переконливості, тощо.

Відповідно до положень КУпАП, обов'язковою умовою притягнення особи до адміністративної відповідальності є наявність події і складу адміністративного правопорушення. Наявність події правопорушення доводиться шляхом подання доказів.

Відповідно до ст. 251 КУпАП доказами у справі про адміністративне правопорушення, є будь-які фактичні дані, на основі яких у визначеному законом порядку орган (посадова особа) встановлює наявність чи відсутність адміністративного правопорушення, винність даної особи в його вчиненні та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються протоколом про адміністративне правопорушення, поясненнями особи, яка притягується до адміністративної відповідальності, потерпілих, свідків, висновком експерта, речовими доказами, показаннями технічних приладів та технічних засобів, які використовуються при нагляді за виконанням правил, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису чи засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, нормі стандартів, що стосуються забезпечення безпеки дорожнього руху, а також іншими документами.

Відповідно до п.п. 64 п. 1 ст. 255 КУпАП у справах про адміністративні правопорушення, що розглядаються органами, зазначеними в статтях 218 - 221 цього Кодексу, протоколи про правопорушення мають право складати уповноважені на те посадові особи, а саме органи ліцензування – за адміністративні правопорушення, передбачене стаття 164 у частині, що стосується правопорушень у галузі господарської діяльності, ліцензії на проведення якої видає відповідний орган ліцензування.

Згідно з Переліком органів ліцензування, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2015 року № 609, повноваження з видачі ліцензій на провадження господарської діяльності роздрібна торгівля алкогольними напоями, тютюновими виробами, рідинами, що використовуються в електронних сигаретах, та пальним мають виключно територіальні органи Державної податкової служби.

Однак у справі, яка переглядається, протокол про адміністративне правопорушення складений інспектором СРППВП №1 Роздільнянського районного відділу поліції ГУНП в Одеській області старшим лейтенантом Блажко С.В., який не наділений законом повноваженнями на складення протоколів за ч. 1 ст. 164 у частині, що стосується правопорушень у галузі господарської діяльності, ліцензії на проведення якої видає відповідний орган ліцензування.

Таким чином, протокол про адміністративне правопорушення складений з порушенням вимог ст. 254-255 КУпАП та не може бути належним та допустимим доказом.

Також, диспозиція ч. 1 ст. 164 КУпАП передбачає відповідальність за провадження господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання або без подання повідомлення про початок здійснення господарської діяльності, якщо обов'язковість подання такого повідомлення передбачена законом, або без отримання ліцензії на провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, або у період зупинення дії ліцензії, у разі якщо законодавством не передбачені умови провадження ліцензійної діяльності у період зупинення дії ліцензії, або без одержання документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачене законом (крім випадків

застосування принципу мовчазної згоди).

Об'єктивна сторона адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП, полягає у провадженні господарської діяльності без державної реєстрації як суб'єкта господарювання або без одержання ліцензії на провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону, чи здійснення таких видів господарської діяльності з порушенням умов ліцензування, а так само без одержання дозволу, іншого документа дозвільного характеру, якщо його одержання передбачене законом (крім випадків застосування принципу мовчазної згоди).

Об'єктом цього правопорушення законодавець визначає суспільні відносини у сфері регулювання господарської діяльності.

Господарська діяльність – будь-яка діяльність особи, спрямована на отримання доходу в грошовій, матеріальній або нематеріальній формах, у разі коли безпосередня участь такої особи в організації такої діяльності є регулярною, постійною та суттєвою.

Крім того, за змістом ст. 3, 4, 42 Господарського кодексу України, п.14.1.36 Податкового кодексу України підприємництво, як вид господарської діяльності, - це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

Таким чином, одними із ознак підприємництва, що відрізняють його від іншої діяльності є систематичність таких дій та обов'язково мета - одержання прибутку. Питання пов'язані із фактичним здійсненням підприємництва підлягають обов'язковому з'ясуванню, доказуванню відповідними належними та допустимими доказами під час провадження у справі про адміністративне правопорушення. Про вищевказані обставини обов'язково має бути зазначено у протоколі про адміністративне правопорушення.

Диспозиція ч. 1 ст. 164 КУпАП в частині визначення вказаних дій є бланкетною та відсилає до встановленого законом порядку Державної реєстрації та перереєстрації суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від їх організаційно-правових форм і форм власності, за винятком окремих видів суб'єктів підприємницької діяльності, для яких законами України встановлено спеціальні правила державної реєстрації.

З метою визначення складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП, необхідно встановити всі характеризуючі ознаки підприємницької діяльності, основними з яких є - самостійність, ініціативність та систематичність.

Систематичною вважається діяльність у разі, коли вона здійснюється неодноразово протягом певного періоду часу.

Пунктом 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 від 25 квітня 2003 року «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» передбачено, що під здійсненням особою, не зареєстрованою як суб'єкт підприємництва, будь-якого виду підприємницької діяльності з числа тих, що підлягають ліцензуванню, слід розуміти діяльність фізичної особи, пов'язану із виробництвом чи реалізацією продукції, виконанням робіт, наданням послуг з метою отримання прибутку, яка містить ознаки підприємницької, тобто провадиться зазначеною особою безпосередньо самостійно, систематично (не менше ніж три рази протягом одного календарного року) і на власний ризик.

Матеріали справи не містять доказів щодо систематичності вчинення підприємницької діяльності у розумінні ст. 42 ГК України. Особа, яка складає протокол про адміністративне правопорушення, повинна довести наявність таких випадків, а також довести їх повторність.

Слід зазначити, що незалежно від наявності/відсутності мети отримання прибутку, господарською діяльністю є виготовлення, реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг, що здійснюється самостійно (ініціативно) та систематично. Саме у разі здійснення

такої (господарської) діяльності та реалізації господарської компетенції особи визнаються суб'єктами господарювання та підлягають державній реєстрації у встановленому законом порядку як юридична особа чи фізична особа-підприємець (ст.58 ГК України). За відсутності в діяльності особи щодо реалізації продукції ознак самостійності (ініціативності) та систематичності, а також господарської компетенції відсутні підстави для висновку про її господарський характер, а отже, і про обов'язок особи зареєструватись як суб'єкт господарювання.

Належних та допустимих доказів, які б підтверджували об'єктивну сторону правопорушення, матеріали справи не містять.

Враховуючи все вищевикладене, апеляційний суд дійшов висновку про те, що суд першої інстанції, не забезпечивши повноту, всебічність та об'єктивність судового розгляду, проігнорувавши відсутність будь-яких доказів у справі, дійшов безпідставного та помилкового висновку про наявність в діях _____ складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП, оскільки матеріали справи не містять доказів того, що _____ систематично реалізувала підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку.

У рішенні ЄСПЛ від 21 липня 2011 року по справі «Коробов проти України» Європейський суд з прав людини вказав, що при оцінці доказів Суд, як правило, застосовує критерій доведення «поза розумним сумнівом». Проте, така доведеність може впливати зі співіснування достатньо переконливих, чітких і узгоджених між собою висновків чи схожих неспростовних презумпцій факту.

Також, в справі «Пол і Одрі Едвардс проти Об'єднаного Королівства» (№46477/99), Європейський суд з прав людини зазначив, що компетентні органи завжди повинні докладати серйозних зусиль для з'ясування обставин справи і не повинні керуватись необдуманими або необґрунтованими висновками для розслідування, або в якості підстав для прийняття рішень.

У справі «Barbera, Messegu and Jabardo v. Spain» від 06.12.1998 (п. 146) Європейський суд з прав людини встановив, що принцип презумпції невинності вимагає серед іншого, щоб, виконуючи свої обов'язки, судді не починали розгляд справи з упередженої думки, що особа скоїла правопорушення, яке ставиться їй в провину; всі сумніви, щодо її винуватості повинні тлумачитися на користь цієї особи.

Статтею 62 Конституції України закріплений принцип презумпції невинуватості, який передбачає, що ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість, а також, що всі сумніви стосовно доведеності вини особи, мають тлумачитись на її користь.

Згідно із положеннями ст. 7 КУпАП ніхто не може бути підданий заходу впливу в зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставі та в порядку, встановлених законом. Провадження в справах про адміністративні правопорушення здійснюється на основі суворого додержання законності. Застосування уповноваженими на те органами і посадовими особами заходів адміністративного впливу провадиться в межах їх компетенції, у точній відповідності з законом.

За таких обставин, провадження по справі про притягнення до адміністративної відповідальності _____ за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП, підлягає закриттю на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП, який передбачає, що провадження в справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю у разі відсутності складу адміністративного правопорушення.

Враховуючи, що провадження по справі про притягнення до адміністративної відповідальності _____ за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 164 КУпАП закрито у зв'язку із відсутністю складу адміністративного правопорушення, то конфіскований товар підлягає поверненню.

У відповідності до п. 2 ч. 8 ст. 294 КУпАП, за наслідками розгляду апеляційної скарги, суд апеляційної інстанції має право скасувати постанову та закрити провадження у справі.

Керуючись ст. 294 КУпАП, апеляційний суд

ПОСТАНОВИВ:

Апеляційну скаргу задовольнити частково.

Постанову судді Великомихайлівського районного суду Одеської області від 19 вересня 2023 року скасувати.

Провадження у справі про адміністративне правопорушення за ч. 1 ст. 164 КУпАП закрити на підставі п. 1 ч. 1 ст. 247 КУпАП у зв'язку із відсутністю складу адміністративного правопорушення.

Постанова набирає законної сили з моменту її прийняття та подальшому оскарженню не підлягає.

Суддя Одеського апеляційного суду

Р.Д. Громік

